



ZHOUQIN SHIDAI YUSONG
ZHIDU DE YANBIAN

周秦时代狱讼制度的 演变

宁全红◎著

 人民出版社

周秦时代狱讼制度的 演变

宁全红◎著



人民出版社

责任编辑:杜文丽

责任校对:张杰莉

图书在版编目(CIP)数据

周秦时代狱讼制度的演变/宁全红 著. -北京:人民出版社,2015.12

ISBN 978-7-01-015523-4

I. ①周… II. ①宁… III. ①法制史-研究-中国-周代②法制史-研究-中国-秦代 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 275572 号

周秦时代狱讼制度的演变

ZHOUQIN SHIDAI YUSONG ZHIDU DE YANBIAN

宁全红 著

人民出版社 出版发行

(100706 北京市东城区隆福寺街 99 号)

北京汇林印务有限公司印刷 新华书店经销

2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:18.25

字数:310 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-015523-4 定价:63.80 元

邮购地址 100706 北京市东城区隆福寺街 99 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

版权所有·侵权必究

凡购买本社图书,如有印制质量问题,我社负责调换。

服务电话:(010)65250042

序

人与人之间难免会发生矛盾和纠纷,因而世界各地或迟或早会演化出解决矛盾和纠纷的机制和制度,我国古代相应事物宜称之为狱讼制度。在商以前狱讼类史料匮乏的情况下,研究周秦时代狱讼制度形成和发展的历史,就具有非常重要的意义。长期以来,历史学界关于这方面的研究比较薄弱,学者们多将注意力集中于相关青铜器铭文以及包山简、秦简等出土文献的整理和注释,只有少数学者将出土文献与《周礼》等传世典籍结合起来研究狱讼制度,然亦多未涉及到狱讼制度的发展演变,不能让读者全面了解和把握周秦时代狱讼制度形成和发展的历史。宁全红博士撰写的《周秦时代狱讼制度的演变》一书,在一定程度上弥补了上述缺陷,值得向学人推荐。

蒙文通先生曾经指出,做学问要敢抓、能抓大问题、中心问题,不要去搞那些枝枝节节无关大体的东西。宁全红博士试图在前辈学者考辨狱讼类文献材料的基础上,梳理周秦时代狱讼制度形成和发展的历程,并且从政治、军事的角度进行分析,试图帮助人们从源头上把握中国古代狱讼制度的成因和特质,很显然属于蒙文通先生所谓大问题、中心问题的范畴。具体地说,宁全红博士在全面归纳西周、东周以及秦等历史时期断狱决讼模式或制度基本内容的基础上,从刑罚是否为断狱决讼的结果、裁决者的确定以及裁决依据等三个方面,总结上述历史时段断狱决讼模式或制度的特点及其发展变化,在此基础上指出战国时期特别是商鞅变法之后我国古代断狱决讼逐渐制度化、定型化,并主要以《商君书》相关记载为依据给予合理之解释。这样就不仅将周秦时代狱讼制度发展史说了个大概,还分析



了其成因,令人不仅知其然,而且在其所以然方面也能够给人非常大之启发。

阅读这本著作,会给人留下比较新颖的印象。这是因为,宁全红博士对于我国古代狱讼制度与西方发达国家近现代司法制度之间的差别有着非常清楚的认识。以往一些学者在西方近现代司法制度框架下研究周秦所谓司法制度,往往容易出现两个方面的问题:一是将周代许多事件理解为所谓司法制度的产物,从而不能向读者正确展示断狱决讼模式逐渐制度化的历程;二是对各个时期的文献作出不中不西的解释,难以在它们之间建立起合理的联系,进而在阐述所谓司法制度发展变迁之际产生一些难以成立的说法。有鉴于此,宁全红博士一开始就分析了近现代以来我国移植西方司法制度的历程以及在中国古代史研究中使用“司法”概念的局限性,并从我国古代文献出发,提出狱讼、裁决者以及裁决依据等概念,以此来梳理或者分析相关史料。这样就形成了比较新颖而且更为接近历史本来面目的研究成果。

“二重证据法”自王国维先生提出之后,成为古史研究的重要方法。周秦时代狱讼制度的研究,既涉及到青铜器铭文、包山楚简、睡虎地秦简、岳麓书院藏战国秦简等出土文献,又涉及到《尚书》、《左传》以及《周礼》等传世文献。上述二类文献有着不同的形成渠道,所记载的内容也大不相同,在合理解释的基础上将它们结合起来阐释狱讼制度的发展变迁,无疑是难度较大的一项工作。前辈学者在此方面虽然已经做了不少研究,然也遗留下来众多问题和分歧。宁全红博士坚信,如果要使用音近通假的方法疏通文献中的字词,必须提供例证,否则缺乏说服力;文献中的案例一定比较清楚地记载事件发生的前因后果;就青铜器而言,铸器者的理由和动机必须要能够得到合理解释。为此,对于一些疑难字,他往往在具体语境中推测其含义,然后在出现该疑难字的其它相关语句中进行验证,通行无碍则予以采纳。正因为如此,宁全红博士在青铜器铭文、包山楚简以及秦简狱讼类文献方面提出了一些比较新颖的解释,并将其与可靠的相关传世文献结合起来,得出让人耳目一新的结论。

总之,《周秦时代狱讼制度的演变》一书有助于学术界了解中国古代狱讼制度的形成和特点,有助于理解近现代司法制度发展演变的历程,甚至有可能为正在进行的司法改革提供有益参考!相信随着时间的推移,该书的学术价值将会日益显现出来。

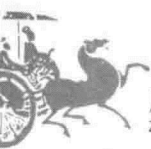
是为序!

彭裕商

2015年9月8日于江安花园

目 录

序 言	1
绪 论	1
第一章 研究的前提和基础	7
第一节 近现代以来“司法”概念的演进	7
第二节 先秦“狱讼”、“制度”概念之探讨	22
第三节 西周以前狱讼模式的初步分析	33
第二章 周代狱讼模式探讨之一：西周时期狱讼模式探讨	44
第一节 西周时期刑罚的实施与断狱决讼之关系	45
第二节 西周时期狱讼类器铭辨析	61
第三节 西周时期狱讼模式初步分析	83
余 论	93
第三章 周代狱讼模式考察之二：春秋时期狱讼模式考察	95
第一节 春秋时期刑罚的实施与断狱决讼之关系	95
第二节 春秋时期狱讼史料辨析	108
第三节 关于春秋时期狱讼模式的一些探讨	122
小 结	135
第四章 战国时期狱讼制度之考察	139
第一节 《周礼》所载狱讼制度之考察	139



第二节 《包山楚简》所载楚国狱讼制度之考察	160
小 结	192
第五章 秦狱讼制度之考察	195
第一节 秦中央狱讼制度之考察	195
第二节 秦地方狱讼制度之考察	212
小 结	251
结 语	254
参考文献	271
后 记	279

绪 论

人生而有群,这既是维持人类生存繁衍之必须,也是纠纷产生之根源。与动物依靠气力争斗不同的是,人类很早就已经懂得通过一定的过程并依据一定的规则来解决纠纷,我国古代文献往往称之为“断狱讼”。先秦时期的狱讼制度处于产生、发展和逐渐完善的阶段,对后世相关制度产生至关重要的影响。目前,人们尚无条件利用关于夏商时代狱讼的直接资料,春秋战国时期形成和流传的关于夏商时代狱讼的记载又未必属于夏商时代的狱讼史实,故而研究我国狱讼制度的起源和早期运行存在难以解决的困难。在学界公认我国古代狱讼制度在秦代基本成型的情况下,关于周秦时代狱讼制度的演变的探索有利于深化对于我国古代狱讼制度本质和特征的认识。

自 20 世纪初以来,学者们对周秦时代狱讼制度给予较多关注,并留下大量研究成果。如果按照时段进行分类的话,大致说来可以分为西周狱讼(司法制度)研究、春秋时期狱讼制度(司法制度)研究、战国时期狱讼制度(司法制度)研究,秦狱讼制度(司法制度)研究以及先秦时期狱讼制度(司法制度)的整体研究,现概述如下:第一,关于西周时期狱讼的研究。一些学者以《尚书》、《周礼》、《易经》以及《诗经》等为依据,在近现代法学视角或者框架下,对于西周所谓司法机关、司法权力的归属、诉讼审判制度和原则、刑罚执行制度、法官责任制度以及诉讼观念等进行探讨。由于史料解读和分析受到西方近现代司法理论和制度的过度影响,其结论是否能够比较客观真实地再现西周时期狱讼颇令人疑虑。“古史辨”运动兴起之后,学人们对于传世上古文献的形成和流传有了更为清醒的认识,日益重视不断获取新材料来形成创新观点,出土文献因而日益受到重视。在这种学风的影响下,很多学者开始利用西周青铜器铭文研究西周时期狱讼问题。然而,青铜器铭文上的文字距今已远,



很多在现有条件下难以释读,学者们对一些器铭是否涉及狱讼以及具体内容众说纷纭,不能达成共识。在此情形下,一些学者努力从一些青铜器铭文归纳出所谓西周诉讼制度。客观地说,历史学者更加注意从青铜器铭文出发,在没有任何“前见”的前提下进行归纳并总结,但是,他们毕竟生活在近现代法律制度环境中,在释读乃至组织材料过程中难以避免受到其影响。法学界则仍然在近现代法律和法学框架下讨论所谓诉讼主体、诉讼程序等问题。众所周知,王国维提出的“二重证据法”对于学界的影响非常之大,在历史研究特别是先秦史研究中广泛应用。法学界也努力将出土青铜器铭文和先秦文献结合起来讨论西周所谓司法制度。实事求是地说,法史学者在古文字和文献训诂方面的训练匮乏,受到西方近现代法律制度和理论的影响过深,他们所从事的研究基本上是将青铜器铭文相关史料纳入近现代以来诉讼法律制度框架,由此产生成果的学术价值总的说来比较有限。

第二,关于春秋时期狱讼的研究。与西周不同的是,关于春秋时期的历史,《左传》和《国语》等传世典籍有相对详细的记载。一些法学界人士因而据以研究春秋时期所谓司法制度。在基本上未接受历史学训练的情况下,他们在利用少数案例归纳春秋时期狱讼制度及其特点的过程中,一方面没有考虑狱讼的本来含义,因而在利用案例方面过于泛化;另一方面,他们又在近现代司法制度和理论的影响下对案例作过多解读。突出地表现为,很多研究者完全不顾“为政在人”的时代特征,将一切与刑罚有关的事件均视为所谓司法裁判的结果,进而将相关史料纳入西方近现代司法制度和理论的框架进行解释,由此而产生的所谓起诉、审判以及证据之类制度是很让人怀疑的。如果相关研究还建立在缺乏阅读古典文献的基本能力的基础上,这就意味着关于春秋时期狱讼的研究恐怕需要另起炉灶!

第三,关于战国时期狱讼制度的研究。由于秦火之故,关于战国时期狱讼的研究可资利用的史料只有《周礼》以及包山楚简等。《周礼》为学界公认为产生于战国时期,为作者对于天下归一之后的官制的设想。《周礼》中狱讼相关记载或多或少反映西周以迄战国时期的狱讼实际。或基于这样的认识,一些学人或者完全从《周礼》出发,或者将《周礼》与出土文献结合起来讨论周代狱讼制度。这方面的工作多由历史学者完成:一方面,他们需要遵循从史料出

发,尽可能反映历史本来面目的基本原则和规范;另一方面,在研究的过程中,他们也使用近现代法律制度相关概念和制度。他们努力将二者结合起来或者调和二者之间的紧张关系,其成果因而表现出亦中亦西、亦古亦今的特点。由于没有传世文献以资对比,包山楚简的释读存在比较大的困难。在彭浩、刘信芳以及陈伟等古文字学界杰出学者的参与下,学人在利用包山楚简方面有较好基础,也因而出现据以研究所谓楚国诉讼制度的较多成果。无论是历史学者也好,还是法律学者也好,在研究过程中似乎未能考虑楚国所谓司法制度与春秋时期狱讼的关联以及在战国时期特定背景下的变化,也未能深入考察其与西方近现代以来司法制度之间的区别,在研究过程中利用大量西方近现代司法概念。这也就意味着他们在研究楚国狱讼的过程中已经受到西方近现代司法制度的影响和制约。一旦不能完全做到从史料出发进行归纳,而是掺杂主观和异己成分,像这样取得的成果的价值就可能具有局限性。各诸侯国自行发展使狱讼制度在战国时期越来越具有地方性,这就为比较研究提供了可能。如果能够做到从史料本身出发,从战国时期秦楚二国实际出发进行研究,本来可以取得很有价值的成果。遗憾的是,一些学者难以摆脱近现代以来中国法制史研究传统的制约,对楚秦两国所谓起诉制度、审判制度,以及证据制度所做的比较研究成果需要重新审视。

第四,关于秦代狱讼制度的研究。在秦代狱讼制度可资研究的史料方面,除了睡虎地秦简以外,先后出土的龙岗秦简、里耶秦简以及岳麓秦简等都非常珍贵(里耶秦简以及一些新近出土秦简狱讼类部分尚未公布)。就上述出土秦简的考释而言,古文字学界做了大量工作,为秦代狱讼制度研究打下了比较好的基础。令人遗憾的是,学人们在西方近现代司法制度的过度影响下,在众多关于秦所谓司法制度的研究成果中,所谓诉讼、审判和量刑制度、刑事责任、有罪推定与无罪推定原则、侦查和审判中对证据的注意以及所谓行政兼理司法等方面的表述比比皆是。与此同时,一些研究者在利用史料的过程中存在史料与观点脱节的问题。至于秦代狱讼制度何以如此,怎样发展变迁而来之类问题,迄今为止都没有引起学界的重视。值得一提的是,日本学者初山明在吸收古文字学界相关成果、对秦汉简牍中狱讼相关术语作精细辨析的基础上,从“程序的复原”、“询问的原理”以及“乞鞫与失刑”三个方面比较系统地



论述秦至汉初的刑事程序。从中国古代原始材料出发整理出秦汉刑事诉讼程序以及使用中国固有概念或者术语是他相关研究的重要特色。不仅如此,他以《对李斯的审判》为题,将传世文献与出土材料紧密结合起来,从个案的角度论述秦代狱讼程序的实际运作,这在目前的研究中尚不多见。^① 在秦简不断出土的今天,古文字学界和历史学界越来越愿意在考释方面下功夫,这固然是非常重要的研究工作,却也不能止步于此,在秦代狱讼制度的整体研究方面亟待引起足够的重视。

第五,关于周秦时代狱讼制度的整体研究。学者们除对某一时期某一方面的狱讼制度进行专题研究外,还在诸如中国古代司法制度史之类著述中对于先秦时期狱讼制度作整体论述,也有一些学者从不同的角度论述先秦狱讼制度的某个侧面。这类研究从徐朝阳、张金鉴等开始。与前面所述相似的是,他们也难以脱离中西杂糅的窠臼。不仅如此,“古史辨”运动的积极成果——对于上古伪史的破除没有引起研究者的足够重视,表现为很多研究者仍然从夏甚至黄帝开始论述所谓司法制度问题。历史学意义上的从问题出发进行研究以及系统阐述狱讼制度的沿革方面鲜有值得称道之成果。

如果努力从先秦狱讼制度研究成果中挖掘有些价值的成份的话,可以这么认为,就狱讼相关出土文献而言,众多学者几乎对其中每一个字词、每一段记载均已经进行非常深入的探讨和争鸣。不仅如此,学者们对先秦时期狱讼制度从各个历史时期、各个侧面进行了探讨,至少在制度层面的研究是如此。虽然由于各种原因显得很不完善,然而,它们可以帮助后来者在更短的时间内对各个历史阶段的狱讼制度进行更为合理的梳理以及探讨。有鉴于此,先秦狱讼制度的研究似可从以下几个方面进行:第一,先秦狱讼相关史料的汇集和考证。迄今为止,绝大多数相关研究都是在诸如“司法”、“诉讼”、“审判”之类源自西方的概念、制度以及理论的视角下进行,未能对其内涵和外延以及应用于中国古代狱讼研究之际应注意的问题作深入考辨和分析,大量与狱讼根本无关的史料于是在“司法”、“诉讼”以及“审判”的名义下加以使用,造成研究工作的混乱。因此,学人们应在确定“狱讼”的准确含义的基础上搜集相

① 参见初山明:《中国古代诉讼制度研究》,上海古籍出版社2009年版。

关史料,考察各种史料产生和反映的时代和地点,等等,在此基础上解决史料的正确释读和理解问题。就传世文献而言,像《左传》中“九刑”这样的记载究竟是指周代制定的刑法还是刑罚,《易经》中的讼卦的含义究竟如何等很多问题,迄今仍然众说纷纭。又如《周礼》,学界基本上认为产生于战国中期,然而,它到底是作者的理想还是人们以现实为基础掺杂若干理想。诸如此类的问题若不能解决,必然会影响后面的研究。就出土文献而言,无论是青铜器铭文也好,还是简帛也好,很多字词难以释读,诸如珣生簋之类铭文是否涉及狱讼迄今为止分歧犹存。像这样的问题不能解决或者解决得不好,很难说可以拿出令人信服的成果。因此,在狱讼的视角下收集相关史料,对史料的时代、地点以及内容作更为合理的释读和考察仍然是目前需要引起高度重视的工作。

第二,关于周秦时代狱讼制度的更加符合其本来面目的研究。在中西方政治与社会组织的形成和结构、政治与社会制度产生的环境和条件、人们的思想观念乃至自然环境这样一些对于狱讼(司法)制度具有决定、制约或者影响的因素均存在显著差别的情况下,中西方狱讼(司法)制度也存在较为重大的差异。在研究过程中,将西方司法制度和理论作为参照物无可厚非,甚至是很有必要的。这样可以让人们更好地理解中西方狱讼(司法)制度之间存在的差异,进而更加注重从中国古代实际出发、用可靠而且经正确释读的史料还原我国先秦时期的狱讼制度。不过,研究者不能继续像以往那样直接使用西方近现代以来的司法相关概念和制度(理论)框架。在今后的研究中,学人们应当注意从先秦时期的狱讼史料出发,根据我国古代政治社会实际形成合理的研究框架,以便对狱讼制度进行更加科学的研究,使之更加符合历史本来面目。

第三,更加准确地把握先秦狱讼制度的发展趋势,在此基础上进行更为合理的解释,甚而创建能够对先秦时期狱讼现象和制度演变做出有效说明和解释的理论。学习和研究历史,不是为研究而研究,归根结底是为了帮助人们正确理解和把握现实,从历史中吸取经验教训以便更好地解决现实问题。在此过程中,人们需要时刻警惕的是屈历史以就现实,甚至像以往那样搞“影射史学”。为此,学人们首先应该基于求真的精神尽可能合理地还原历史。只有



这样,所谓历史为现实服务才有意义。让历史为现实服务的方式有两种,一种是从历史中挖掘性质基本相同或者相似的事件,考察其前因后果,这样可以让人们避免重蹈覆辙。另外一种是从历史中发现趋势、规律,甚至在其基础上提炼出对某类现象具有说服力的理论。由于它经历“去粗取精,去伪存真,由此及彼,由表及里”的工作,人们对于某一类现象不再停留于感性认识阶段,而是进入理性认识阶段。这样,人们就有可能在对某一类现象的认识和处理方面更加得心应手。因此,探索周秦时代狱讼发展趋势、规律,实现先秦狱讼理论之创新,应该是历史学者更高层次的追求。

基于上述认识,本文试图考察周秦时代狱讼制度的发展和演化,分析狱讼制度发展变迁的原因,亦即在恰当梳理周秦时代狱讼制度发展历程的基础上进行合理解释,以便完成研究之目标。为此,本文仍然分周、战国以及秦这几个阶段来考察周秦时代狱讼制度发展与演变。与相关研究不同的是,本文试图在确定先秦时期“狱讼”的涵义的基础上来收集相关史料,对那些存在争议的释读,本文尽可能提出能为更多学者所接受的解释。以此为基础,本文主要从裁决者的确定、刑罚处罚之发展以及裁决依据等方面来梳理史料,考察各个时期的狱讼制度。当然,本文也力求全面而真实展示各时期狱讼模式或者制度的全貌。在结语中,本文将从上述三个方面归纳和总结周秦时代狱讼制度的发展趋势,在分析其原因的基础上提出具有规律性认识。

第一章 研究的前提和基础

如前所述,以往绝大多数学人研究先秦狱讼制度都是在“司法”的名义下进行。“司法”的含义究竟为何?像这样的研究为什么存在前面所述的问题?这一部分拟在考察近现代“司法”含义的基础上回答这样的问题。研究内容应当受到研究题目的限制,否则就会出现“下笔千言,离题万里”的情形。对“狱讼”进行相对准确的界定,不仅对于史料的选择,而且对于思路的发展和框架的拟定,均显得非常必要。在西周以前,争端或者纠纷以及裁决长期存在,相关实践或对周、秦时代狱讼制度发生重大影响,故而有必要在现有条件下对周以前狱讼进行考察。因此,这一部分拟从以上所述三个方面进行探讨。

第一节 近现代以来“司法”概念的演进

“司法”之类语词,在南北朝之际已经出现。比如,(思廉)“寻除河间郡司法”,^①又,“以竖眼为持节镇南军司法”。^②隋唐之际改为“司法参军”,涉军事。比如,“司马冯孝慈、司法参军吕玉并骁勇善战”。^③宋延续之,不过职掌有所变化,开始涉断狱决讼事。比如,“诏注诸道司法参军皆以律疏试判”。^④又,“司法参军掌议法断刑”。^⑤有宋一代,司法掾也可以参与裁断狱讼。比如,“凡诸州狱则录事参军与司法掾参断之”。^⑥由上观之,“司法”在中国古

① 姚思廉:《陈书》卷二十七,中华书局 1972 年版,第 354 页。

② 魏收:《魏书》卷七十,中华书局 1974 年版,第 1558 页。

③ 魏征等:《隋书》卷六十五,中华书局 1973 年版,第 1530 页。

④ 脱脱等:《宋史》卷一,中华书局 1977 年版,第 12 页。

⑤ 脱脱等:《宋史》卷一六七,中华书局 1977 年版,第 3976 页。

⑥ 脱脱等:《宋史》卷一九九,中华书局 1977 年版,第 4967 页。



代基本上为职官之名,其职掌随时间的变化而变化。

近现代以来,随着中西文化的碰撞与交流,西方大量概念不断涌入中国,中国传统的“司法”术语的含义因而发生一些变化。相对较早使用“司法”术语的是何如璋,作为“充使日本”的“疏陋小臣”,他撰写了出使过程中的见闻,言及日本明治以来的官制。其中指出,日本内设三院九省。三院之一的大审院“掌邦法者也,内外裁判所隶之”。裁判所的具体职能为何,何氏未加说明,故其所谓“掌邦法”是执法还是依法审判尚不能确定。“司法”省属九省之一,其职责为“明邦刑”,也就是公布刑律。^①何氏很有可能只不过听取日人的大致介绍而已,对三院九省的相互关系以及具体运作不甚了了。在何氏心目中,“司法”(省)不过是公布法律的机构而已。

清朝驻日本使馆参赞黄遵宪向清政府提供日本情况的报告书,“数年间与日本朝野广泛交往,披览文献档案,访问调查,观察思考,举凡礼乐兵刑、工商文教诸项,皆潜心了解和研究”,^②在此基础上完成五六十万言的皇皇巨著《日本国志》。其中,《国统志》详细阐述日本由君主之国向民主之国的演变过程,记载日本明治维新之后“置元老院、大审院,敕建立宪政体”诸事。敕的具体内容为:“更设元老院以定立法之源,置大审院以巩司法之权,又召集地方官以通民情,图公益,渐建立宪政体。”黄遵宪就此解释道:“立宪政体盖谓仿泰西制,设立国法,使官民上下分权立限,同受治于法律中也。”^③《职官志》详细介绍元老院、大审院以及包括司法省在内的九省之组成和职掌。元老院曾专议政事,^④大审院负责受理上诉,审批上等裁判所送呈罪案,裁决异议,审理官犯和国事犯以及辨明和补正法律疑义、阙失,各级裁判所则听理民事、刑事各案。检弹非违、告发公诉由检事负责。^⑤司法省古为刑部省,据“朕囊敕司法省,本国家之成宪、酌各国之定律,修撰《改定律例》一书,今编撰告成,朕乃与内阁诸臣辩论裁定,命之颁行,尔臣僚其遵守之”这样的记载可知,^⑥司法省

① 参见罗森等:《早期日本游记》,湖南人民出版社 1983 年版,第 64 页。

② 吴振清:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,“前言”第 2 页。

③ 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 83 页。

④ 参见黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 352 页。

⑤ 参见黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 387—388 页。

⑥ 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 655 页。

在明治维新初期曾享一定的立法权。后来“日本政府遂一意改用西律,敕元老院依拟佛律、略参国制,以纂定诸律”。^①立法权移归元老院,司法省于是仅主“释律意、选刑官、请恩赦”之类。^②由此可见,黄遵宪对于日本明治维新之后颇具三权分立特征的政治制度的叙述已经比较全面和深刻。然从《日本国志》的体例安排来看,黄遵宪基本上是将其置于传统中国学术范式之中予以考察,这或许反映黄遵宪对于中国学术传统的坚持和情感。与此相关的是,就“司法”概念的使用而言,明治天皇之敕明确指出“置大审院以巩司法之权”。然而,在相关场合,黄遵宪仍然写道:“帝(武烈天皇)听决狱讼,摘伏如神。”^③“泰西论者专重刑法,谓民智日开,各思所以保其权利,则讼狱不得不滋,法令不得不密。”^④可见在黄遵宪心目中,司法无裁断纠纷之义,相关职能由“狱讼”充当。因此,黄遵宪对于“司法”的使用很可能是因为日本有司法省的存在,并未将“司法”与中国之“狱讼”发生联系。

康有为撰《日本变政考》,详细介绍日本政治制度的演变过程。比如,刑法律局初督监察、弹纠、捕亡、断狱、刑律事。^⑤后改为刑部省,掌鞠狱、定刑名、判诸争讼等。^⑥后又改为司法省,总括各裁判所,除监督裁判事务官员各尽其职、总提新法草案、各裁判所建设之便宜外,还审定疑讞、论决重要之罪犯。^⑦其司法长官在后来的改革中职掌又限于“司法上之行政、警察及恩赦事务,监察裁判之执行,监督行政事务付裁判所。”^⑧然在中国传统社会中成长起来的康有为,仍习惯性地使用“狱讼”这样中国固有的术语。比如,“凡裁判重大之讼狱”^⑨、“良吏无所援以断竞争之狱”^⑩等。这并不意味着康有为对于“司法”的理解没有发生变化。在关于明治元年三月新定官制之叙述中,他写

① 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 655 页。

② 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 387 页。

③ 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 39 页。

④ 黄遵宪:《日本国志》,天津人民出版社 2005 年版,第 653 页。

⑤ 参见康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 12 页。

⑥ 参见康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 53 页。

⑦ 参见康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 92—93 页。

⑧ 康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 288 页。

⑨ 康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 100 页。

⑩ 康有为:《日本变政考》,中国人民大学出版社 2011 年版,第 117 页。